



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 35204.007309/2006-12
Recurso nº 253.131 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.722 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PREMIAÇÃO DE INCENTIVO
Recorrente ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM RECIFE/PE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1998 a 31/12/2005

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer às disposições da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, no que diz respeito à prescrição e decadência.

Havendo pagamento parcial antecipado do tributo exigido no lançamento, aplica-se o prazo quinquenal previsto no artigo 150, § 4º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

PRÊMIOS - AFERIÇÃO INDIRETA

Não prestando o contribuinte as declarações, esclarecimentos ou documentos a que está obrigando, ou sendo esses omissos ou não merecedores de fé, cabe a autoridade fiscal, nos termos do artigo 148 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional e artigo 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 aferir indiretamente o tributo.

MULTA - INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE BENIGNA

Falece a esse órgão administrativo judicante competência para decidir pela violação ou não do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade ou confisco.

Houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente NFLD calculada nos termos do artigo 35 *caput* da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do período com base no artigo 150, §4º do CTN e para adequar a multa ao artigo 35 da Lei nº 8.212/91, vencida a conselheira Bernadete de Oliveira Barros que aplicava o 173, I do CTN.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


ADRIANO GONZALES SILVÉRIO - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 37.053.461-1, a qual exige “contribuições devidas à Seguridade Social e a outras entidades conveniadas denominadas de “Terceiros”, cujos recolhimentos não foram comprovados pela empresa, bem como não constam do banco de dados do Sistema de Informação de Arrecadação”, segundo fl. 88 dos autos.

De acordo com o Relatório Fiscal de fl. 88 a 91 as contribuições previdenciárias apuradas pelo Fisco decorrem dos seguintes fatos:

“2. A ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A, firmou contrato com a empresa Incentive House S/A — CNPJ 00.416.126/0001-41, para, através de cartões personalizados, gratificar seus empregados e/ou dirigentes. Pagamentos esses tidos como fatos geradores de contribuição previdenciária, já que se destinavam a remunerar referidos trabalhadores.

3. Constituem fatos geradores dos tributos ora lançados, os valores pagos aos segurados empregados e/ou dirigentes por meio do cartão de premiação denominado “FLEXCARD”, cujo valor tributável foi aferido com base nas notas fiscais de serviços emitidas pela Empresa Incentive House S/A — CNPJ 00.416.126/0001-41, e apresentadas a esta fiscalização pela empresa notificada; valores esses que, ressalvado o contido no item 8, abaixo, foram confrontados com aqueles inseridos nos registros contábeis. Sendo esta ação fiscal decorrente do procedimento ministerial MPF/PR nº 1.25.000.002145/2004-52 (Ministério Público Federal do Estado do Paraná).”

Ademais, consta ainda do mencionado Relatório que os valores foram apurados conforme os seguintes critérios:

"6. Tem-se ainda que, notificada em 13/11/2006 para apresentação da documentação pertinente a valores contabilizados no seu livro Razão (relação em anexo), no período de 02/2000 a 10/2004, a empresa não os apresentou, recusando-se, inclusive, a assinar o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, - o que levou esta fiscalização a apurar os valores devidos amparada nos registros contábeis.

7. Notificada para apresentação, através de arquivos magnéticos, dos seus registros contábeis, a empresa não os apresentou no padrão requerido. Tais informações deveriam ter sido fornecidas de acordo com o leiaute previsto na Portaria INSS/DIREP nº 42, de 24/06/2003, ou, alternativamente, a critério da empresa, de acordo com o leiaute estipulado no Manual Normativo de Arquivos Digitais da SRP (Portaria MPS/SRP 058, de 28/01/2005), fazendo-o através de Bloco de Notas, o que ensejou, inclusive, a lavratura de Auto de Infração (CFL 35).

8. A forma pela qual a epigrafada procedia à contabilização dos seus registros dificultou sobremaneira a apuração dos valores pagos a citada empresa Incentive House S/A, o que levou esta fiscalização a solicitar inúmeros esclarecimentos através da emissão de Termos de Intimação.

9. Assim é que, no ano de 2003, em função de divergência entre os valores constantes da relação contida no arquivo magnético fornecido pelo Ministério Público Federal no Estado do Paraná, por meio do processo PCD nº 2004.70.00.040270-5, e aqueles informados pela epigrafada, CBE, que, devidamente intimada, não apresentou a documentação necessária ao procedimento fiscal, foi rateado, mensalmente, o valor de R\$ 5.930,00 (cinco mil, novecentos e trinta reais).

10. A Notificada, além de fazer uso de diversas rubricas para contabilizar os mencionados pagamentos, não os identificava no histórico contábil (anexos I a IV), o que impossibilitou esta fiscalização de comprovar, através dos registros contábeis, os efetivos pagamentos realizados, já que o histórico não fazia referência ao documento que gerou o lançamento contábil, não identificava o prestador do serviço, ou continha qualquer outra informação que possibilitasse a identificação do pagamento realizado."

A empresa autuada apresentou sua impugnação de fl. 132 a 142, alegando, em breve síntese os argumentos a seguir:

i) trata-se de pagamentos efetuados a pessoa jurídica sem cessão de mão de obra, e não de pagamento a seguradas pessoas físicas, fato esse que não atrai a incidência das contribuições previdenciárias;



ii) “não há prova de que houve pagamento de rendimento à pessoa física — trabalhador. Ao contrário, os fatos demonstram que houve, sim, pagamento à pessoa jurídica. E o pagamento de rendimento à pessoa jurídica não se enquadra no pressuposto de incidência da norma previdenciária.”;

iii) “ao se cogitar de exigibilidade de contribuição previdenciária a destempo, no que toca à parte do empregado, não há como deixar de considerar o período fiscal de referência do rendimento. Isso porque, independentemente do valor do rendimento, a base de cálculo da exação se limita ao salário de contribuição.”

iv) a gradação da multa lançada na presente NFLD não é proporcional, nem razoável, afetando o patrimônio da autuada, sendo, portanto, confiscatória.

A DRJ de Recife, em sessão realizada em 20 de junho de 2007 manteve integralmente a presente NFLD, conforme se extrai da ementa transcrita:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1998 a 31/12/2005

*INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIMENTO NO
ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.*

*O reconhecimento da inconstitucionalidade de Lei só pode ser
feito após manifestação, nesse sentido, do STF, do Senado
Federal ou da Justiça Federal.*

FATO GERADOR. INTERMEDIACÃO.

*São devidas as contribuições para o financiamento da
Seguridade Social ainda que a remuneração tenha sido paga
através da intermediação de outra pessoa jurídica.*

ARBITRAMENTO. PROVA. ÔNUS

*A recusa da empresa em fornecer as informações solicitadas
pela Fiscalização autoriza o uso de aferição indireta das
contribuições, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário*

Lançamento Procedente.”

A autuada, devidamente intimada em 11 de outubro de 2007 interpôs recurso voluntário em 26 de outubro daquele ano, sustentando os argumentos traçados na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ADRIANO GONZÁLES SILVÉRIO, Relator

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

Antes de adentrar ao mérito *stricto sensu* cabe reconhecer a decadência parcial do crédito tributário constituído na citada NFLD.

Como é de conhecimento notório, de acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 5596664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restou extinto os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafo da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *in verbis*:



“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, nos termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilidade pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar às futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

O fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de remuneração aos empregados pela via de cartão de premiação, conforme contratação efetuada com a empresa Incentive House S.A

Em suma, discute-se no presente caso se ocorreu ou não o fato gerador da contribuição previdenciária quando do pagamento dos valores acima citados.

Sabe-se que, em regra, o aspecto material da regra-matriz de incidência é formado por um verbo mais o complemento. Assim vemos no IPTU - “ser proprietário de imóvel urbano” -, no Imposto de Renda - “auferir renda”, sendo que o mesmo acontece no caso das contribuições previdenciárias que, na hipótese desses autos é, em síntese, “pagar remuneração”.

Determina o artigo 150, § 4º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, cabe ao contribuinte o dever de pagar antecipadamente o tributo, sem prévio exame por parte da autoridade pública. Essa, por sua vez, cientificada dessa atividade do contribuinte terá o prazo de 5 (cinco) anos para homologá-lo ou não.

No caso dos autos, a autoridade fiscal, no pleno exercício de suas funções de verificar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, apurou, segundo seu entendimento, que a recorrente ao “pagar remuneração” pela via de cartão de premiação teria cumprido parcialmente com a obrigação principal, ou, em outras palavras, quitou parcialmente o tributo correspondente a esse fato gerador, uma vez que não incluiu, na base de cálculo, as parcelas pagas a esse título.

Temos adotado a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que havendo pagamento antecipado por parte do contribuinte, em relação ao fato gerador posto em discussão, deve incidir o prazo decadencial quinquenal previsto no mencionado artigo 150, § 4º. Nesse sentido a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 989.421/RS, publicado no Diário da Justiça de 10 de dezembro de 2008:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OCORRÊNCIA. ARTIGO 150, § 4º, DO CTN.

(...)

5. A decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece à regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: “Neste caso, concorre à contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício” (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad pág. 170).”

No âmbito desse Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais destaco o Acórdão nº 9202-00.495, da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, proferido nos autos do processo nº 36918.002964/2005-10:

“Não bastasse isso, é de bom alvitre esclarecer que o Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em sessão de julgamento realizada no dia 15/12/2008, por maioria de votos (21 x 13),



firmou entendimento de que o prazo decadencial a ser aplicado para as contribuições previdenciárias é o insculpido no artigo 150, § 4º, do CTN, independentemente de ter havido ou não pagamento parcial do tributo devido, o que veio a ser ratificado, também por maioria de votos, pelo Pleno da CSRF em sessão ocorrida em 08/12/2009, com a ressalva da existência de qualquer atividade do contribuinte tendente a apurar a base de cálculo do tributo devido.

(...)

Cabe ao Fisco, porém, no decorrer do prazo de 05 (cinco) anos, contados do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, proceder à análise das informações prestadas pelo contribuinte homologando-as ou não, quando inexistir concordância. Neste último caso, promover o lançamento de ofício da importância que imputar devida."

Assim, diante das razões acima aduzidas, entendo que há decadência parcial no caso concreto, conforme o cômputo do prazo decadencial quinquenal previsto no artigo 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Sendo que o lançamento fora cientificado à recorrente em 29 de novembro de 2006, tenho por decaídos os fatos geradores ocorridos no período de 04/1998 a 10/2001.

No mérito, argüi a recorrente que os pagamentos não foram efetuados aos seus empregados, mas sim à empresa Incentive House SA, em razão da prestação de serviços, sem que houvesse cessão de mão de obra, não atraindo, dessa forma, a incidência de contribuição previdenciária, tampouco a retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais.

Alega, ainda, que a prova dos autos, conforme as notas fiscais anexadas junto à impugnação, dão conta dessa afirmação e que o Fisco, dentro do dever que lhe compete por força do artigo 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, deveria ter produzido prova em contrário, isto é, no sentido de que esses pagamentos foram efetuados às pessoas físicas.

Contudo não é bem assim o caso dos autos, tal como propalado no recurso voluntário.

Durante a atividade fiscalizatória a autuada foi intimada para apresentar ao Fisco diversos documentos contábeis, fiscais, financeiros, etc, conforme TIAD's de fls. 61 a 65, os quais não foram apresentados na sua integralidade e, parte deles, quando apresentados não apresentavam nos padrões requeridos, razão pela qual foram lavrados dois Autos de Infração, quais sejam: AI DEBCAD nº 37053465-4- referente a não contabilização em títulos próprios e AI DEBCAD nº 37053466-6- referente a não-apresentação de arquivos digitais.

Como se extrai das próprias notas fiscais anexadas a esses autos a ora recorrente efetuava pagamentos à empresa Incentive House SA não só a título de prestação de serviços, mas em razão de programa de estímulo de produtividade. Ora, programas de estímulo a produtividade está inequivocamente ligado à produção da empresa contratante, ou melhor, à atuação dos seus trabalhadores.

Por certo que, pela sistemática envolvida entre a autuada e a empresa Incentive House SA, cabia a essa última, por meio de cartões de incentivo, premiar os trabalhadores da autuada. É nesse sentido que laborou a presente autuação. Verificando a fiscalização tratar-se de remuneração paga, nos termo do artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212, de

24 de julho de 1991, lançou as contribuições previdenciárias devidas, inclusive às devidas aos Terceiros.

Agiu, portanto, a fiscalização nos moldes do artigo 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, segundo o qual compete à fiscalização solicitar e examinar livros e documentos da empresa a fim de assegurar o correto e eficaz cumprimento das obrigações principais e acessórias, relativamente às contribuições previdenciárias. Na falta de apresentação de documentos ou se apresentados de forma deficiente, à fiscalização é permitido efetuar o lançamento da importância que reputar devida, cabendo à autuada o ônus da prova em contrário.

No caso em comento, a falta de apresentação dos documentos solicitados para identificar os beneficiários do prêmio pago por meio de cartões de premiação, levou a fiscalização a proceder ao levantamento por aferição indireta, com base nos dados de que dispunham, quais sejam, as notas fiscais apresentadas, contabilidade da empresa e informações apuradas no Procedimento Criminal Diverso nº PCD nº 2004.70.00.040270-5, conduzido pelo Ministério Público Federal no Estado do Paraná.

No caso presente, a contabilidade da empresa foi cotejada com as notas fiscais emitidas pela Incentive House SA, mas não foram apresentados documentos hábeis a comprovar que os valores pagos a título de premiação fossem efetuados a pessoas jurídicas e não aos trabalhadores da recorrente.

Nesse ponto, destaco trecho do acórdão proferido pela DRJ de Recife ao analisar, exemplificativamente, uma nota fiscal emitida pela Incentive House SA:

“Vale lembrar que nas notas fiscais o valor descrito como 'Programa de estímulo' está separado do valor descrito como 'Prestação de serviços': sendo este último o verdadeiro pagamento destinado a Incentive House. Tomemos como exemplo a Nota Fiscal NF 89169, emitida em 06/07/2004, com cópia juntada à impugnação, fl. 205. Nela consta o valor de R\$4.000,00 (quatro mil reais), lançado pela Fiscalização e descrito na nota como 'Programa de estímulo ao aumento de produtividade', e o valor de R\$ 175,60 (cento e setenta e cinco reais e sessenta centavos), descrito na nota como 'Prestação de serviços', sendo de R\$ 4.175,60 (quatro mil, cento e setenta e cinco reais e sessenta centavos) o valor total da nota

Caso o valor total da nota fosse referente à prestação de serviços pela Incentive House, como quer fazer crer a Notificada, não haveria o menor sentido em fazer a separação desses dois valores: se há um valor descrito como 'prestação de serviços' e outro descrito de outra forma claro está que esse outro não se refere à prestação de serviços. Ademais, a própria descrição dos valores das notas que foram lançados — estímulo ao aumento de produtividade — já leva a crer que tais valores foram repassados aos segurados da Notificada, pois são exatamente essas as pessoas cuja produtividade interessa a ela.”

Outrossim, a aferição indireta dos valores apurados e caracterizados pela fiscalização como salário além de encontrar guarida na legislação acima citada, tem base no



artigo 148, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, cuja redação é a seguinte:

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou em consideração, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que assim sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

Em suma, apurada, por aferição indireta, que os valores pagos por meio de cartão de premiação têm natureza jurídica salarial, competia à recorrente, nesse processo administrativo, trazer elementos que modificassem, impedissem ou extinguissem o lançamento fiscal. Em outras palavras, provas de que os valores pagos não se subsumem ao conceito jurídico de “salário”, o que de fato não ocorreu.

É o que se apura do § 6º do artigo 33, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, *in verbis*:

“§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.”

Nesse diapasão o inciso III, do artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o qual dispõe sobre o processo administrativo fiscal:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamentam, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;”

Seguindo essa linha, também não procede ao argumento da recorrente segundo o qual a fiscalização deveria apurar se houve ou não a extrapolação do salário de contribuição para cada um dos seus empregados, uma vez que não houve a identificação, por parte da recorrente, dos beneficiários da citada premiação. Correta, portanto, a decisão recorrida que asseverou:

“A Notificada recusou-se a identificar os beneficiários dos cartões de premiação, como relatado acima.

Em consequência, não houve meios de a Fiscalização verificar caso a caso se houve ou não extrapolação do salário-de-contribuição no cálculo do desconto dos segurados, sendo obrigatório em tal caso aplicar o disposto no art. 599 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Previdenciária (SRP) n.º 03, de 14/07/2005 (DOU de 15/07/2005), o que foi efetivamente feito.



'Art. 599. No cálculo da contribuição social previdenciária do segurado empregado incidente sobre a remuneração da mão-de-obra indiretamente aferida, aplica-se a alíquota mínima, sem limite e sem compensação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF.'

De resto, tendo a própria Notificada impedido a Fiscalização de realizar tal verificação, é inadmissível que a mesma alegue agora uma suposta extrapolação dos limites dos salários-de-contribuição (que sequer foi provada, ressalte-se), por conta do princípio basilar de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza."

Em relação à multa aplicada, falece a esse órgão administrativo judicante competência para decidir pela violação ou não do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade ou confisco, como sustentado pelo recorrente, em razão do que dispõe a Súmula CARF nº 2, cuja redação é a seguinte:

"Sumula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"

É certo que o artigo acima citado foi, no curso desse processo, alterado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, cabendo, portanto, analisar a viabilidade ou não da aplicação do que dispõe a alínea "c", do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Segundo as novas disposições legais, a multa de mora que antes respeitava a gradação prevista na redação original do artigo 35, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passou a ser prevista no caput desse mesmo artigo, mas agora limitada a 20% (vinte por cento), uma vez que submetida às disposições do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A meu ver houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea "c", do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente NFLD calculada nos termos do artigo 35 *caput* da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** o recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer a decadência parcial nos termos do § 4º do artigo 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, excluindo do lançamento os valores compreendidos entre o período de 04/1998 a 10/2001, bem como limitar a multa aplicada nos termos da fundamentação acima, sendo que no mais, fica mantida, na íntegra, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 37.053.461-1.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2010


ADRIANO GONZÁLES SILVÉRIO